

EL FIN DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS: UNIÓN EUROPEA POST-MAASTRICHT Y TRANSFORMACIONES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

THE END OF THE CULTURE OF RIGHTS: POST-MAASTRICHT
EUROPEAN UNION AND CHANGES IN THE CONSTITUTIONAL STATE

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
Universitat Rovira i Virgili

Fecha de recepción: 6-11-11
Fecha de aceptación: 18-3-13

Resumen: *Una de las características propias del Estado constitucional, desde sus orígenes, ha sido la estructuración ideológica de las sociedades europeas alrededor de un proceso de individualización construido sobre una cultura de los derechos (de participación-representación y de Justicia-dignidad). Ello permitía que los ciudadanos adoptaran una actitud activa en defensa de sus derechos y, mediante la lucha política, poder establecer una secuencia temporal de progreso social o progresiva mayor igualdad.*

Esta es, sin embargo, una secuencia que se ha detenido. En el marco de la crisis actual, la fuerte y cada vez mayor movilización ciudadana contra las políticas económicas de los Estados miembros y la Unión Europea presenta ya limitadas posibilidades de cambiar nada ni influir sobre unos dirigentes empeñados, a pesar de la oposición ciudadana, en implementar “más Europa” en lugar de “otra Europa”. El presente artículo explica, mediante un análisis de las últimas transformaciones en el Estado Constitucional, el porqué de este fenómeno de cada vez mayor limitación de los recursos-acciones de movilización ciudadana para influir o determinar las políticas públicas.

Abstract: *One of the characteristics of the constitutional State, since its origins, has been the ideological structuring of European societies around an individualization process built on a culture of rights (participation-representation rights and justice-dignity rights). This allowed citizens to adopt a proactive attitude in defense of their rights and, through political struggle, to establish a temporal sequence of progressive social progress or greater equality.*

However, this sequence stopped. In the context of the current crisis, the strong and growing citizen mobilization against the economic policies of the Member States and the European Union has already limited ability to change anything or influence the politicians committed, despite public opposition, in implement "more Europe" instead of "another Europe".

This article explains, through an analysis of recent changes in the Constitutional State, the reason for this phenomenon of increasing limitation of the citizen mobilization efforts to influence or determine public policy.

Palabras clave: Estado constitucional, derechos, Unión Europea, justicia, representación

Keywords: constitutional State, rights, European Union, justice, representation

1. INTRODUCCIÓN

"Otro mundo es posible!" u "Otra Europa es posible!", ha sido durante las últimas dos décadas y media el lema de encuentro de demandas diversas, agendas múltiples, organizaciones y formas de lucha diferentes. Todas ellas coincidentes en un punto básico: el modelo de globalización y de Unión Europea actual, marcadamente neoliberal, ya no es útil en el actual contexto de crisis para generar bienestar e igualdad, todo lo contrario.

Mientras en determinadas regiones del planeta (países de la zona andina en América Latina, países árabes del norte de África, etc.) la movilización ciudadana ha servido durante las últimas décadas para derrocar gobiernos e iniciar procesos constituyentes que reformaran su sistema político y económico, en Europa las cada vez más masivas expresiones de descontento popular por la precariedad en aumento de amplios sectores de la población no parecen cambiar nada, tener ningún efecto ni capacidad de influencia sobre los gobernantes europeos y estatales que, envueltos en múltiples escándalos de corrupción pero sin dimitir, continúan empeñados en implementar no "otra Europa" sino "más Europa". A pesar de las movilizaciones todo parece indicar que, después de esta crisis, el capitalismo no sólo no desaparecerá sino que será peor que el de hoy.

El presente trabajo intenta responder la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que la movilización ciudadana no esté cambiando nada y el sistema pueda continuar funcionando y sosteniéndose aun y sin contar con el consenso de la ciudadanía?

Ello se puede entender analizando la transformación de la forma Estado Constitucional que se ha producido durante los últimos años. Desarrollaré esta cuestión a partir de los siguientes tres puntos:

- a) El Estado Constitucional: la participación-reivindicación y los derechos como cultura viva;
- b) La Unión Europea y desconstitucionalización: ¿continúan existiendo los mismos mecanismos de legitimación democrática del Estado?
- c) Las transformaciones en el Estado constitucional: la participación-reivindicación y los derechos como componente cultural heredado muerto.

2. EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA PARTICIPACIÓN-REIVINDICACIÓN Y LOS DERECHOS COMO CULTURA VIVA

Podemos afirmar que las sociedades europeas actuales adquieren su forma actual como comunidad jurídico-cultural con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789. Si bien, seguramente, existieron también tradiciones y experiencias pre-revolucionarias (revolución norteamericana y Declaración de derechos de Virginia de 1776) que colaboraron en conformar nuestra modernidad, parece haber unanimidad en aceptar el hecho de que la Declaración francesa de 1789 es el punto de apoyo sobre el que se establecen y proyectan los paradigmas político-culturales o jurídico-culturales base del Estado Constitucional.

Entre muchos otros¹, uno de los aspectos que 1789 introdujo, como parte de este nuevo marco cultural, fue la institucionalización de un proceso político de participación de los ciudadanos (varones propietarios en un primer momento) en la toma de decisiones y el reconocimiento de la dignidad humana como premisa antropológica y de los derechos como producto inevitable de ello.

Por tanto, 1789, como momento inicial de un nuevo ciclo histórico, se caracteriza por la construcción ideológica de la sociedad y el Estado alre-

¹ El carácter escrito de las constituciones, la idea de codificación y de la positivización del derecho, la doctrina del poder constituyente del pueblo, procesos de elaboración y reforma de la constitución, la separación de poderes, el concepto de Ley-voluntad general, la República como forma de Estado y la idea del Estado-nación. (P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 76-77).

dedor de un proceso de individualización construido sobre una cultura de los derechos (de participación-representación² y de Justicia-dignidad³). Estos dos, la participación-representación y la dignidad-justicia, son los elementos sobre los que se sustenta, desde entonces, la legitimidad “democrática” del mismo.

Desde finales del siglo XVIII hasta hoy, la cuestión de la legitimidad democrática del Estado Constitucional se ha desarrollado en un campo conceptual con pocas variaciones. Han existido múltiples posiciones acerca de cuál de los dos elementos tiene o no tiene prioridad sobre el otro.

Por un lado, algunos autores como Stuart Hampshire⁴, Michael Walzer⁵ o Jeremy Waldron⁶, han otorgado primacía al elemento procedimental en la toma de decisiones como elemento importante para determinar el reconoci-

² Este primer elemento responde a la pregunta acerca de quién y cómo deben tomarse las decisiones políticas, esta es la cuestión de la participación.

³ Este segundo elemento hace referencia a la pregunta de cuál es el contenido justo o correcto de las decisiones políticas, esta es la cuestión del garantismo. De acuerdo con esto, para ser enteramente reconocido o legítimo, un Estado democrático debe no sólo producir sus leyes con la participación y consentimiento de la mayoría de los “ciudadanos”, sino también asegurarse de que las leyes se adecúan a ciertos valores o contenidos sustantivos de justicia y dignidad humana establecidos en su norma fundante: la Constitución. El Estado Constitucional no sólo debe ser un Estado de participación, sino también un Estado de derechos o de Justicia. Esta es una concepción de la legitimidad defendida en el siglo XX por autores como Joseph Raz por vía de su “concepción de la autoridad como servicio” (J. RAZ, *Ethics in the public domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994), mediante la cual parte de la idea de que al derecho, a las normas, les corresponde desarrollar una función de “mediación” entre los valores o principios constitucionales y las políticas a implementar. En consecuencia, cuando el Estado-Derecho adopta una norma, los ciudadanos, para considerar si es legítima o ilegítima, lo que deben hacer es reproducir en sus mentes las razones en base a las cuales se ha adoptado tal norma. Para fijar el significado de la norma (y por consiguiente, de las directrices autoritativas del Derecho) los ciudadanos deben retroceder a las razones originales que están detrás de esa norma. Deben explorar los principios y valores subyacentes que dicha norma intenta llevar a la práctica. Esto es lo que Ronald Dworkin llama una “interpretación constructiva” de la norma (R. DWORKIN, “Thirty Years On (Book Review of The Practice of Principle by Jules Coleman)”, *Harvard Law Review*, núm. 115, 2002, pp. 1655-1687). Esto les permitirá determinar si la norma persigue o se adecúa a los principios o valores constitucionales de justicia y, por tanto, si queda o no satisfecha esta segunda condición necesaria para su consentimiento.

⁴ S. HAMPSHIRE, *Innocence and Experience*, Penguin Press, Londres, 1989.

⁵ Walzer defiende la posición de que la mayoría democrática tiene el derecho de vulnerar derechos: “una de las características de la democracia –dice este autor–, es que la gente tiene el derecho de actuar incorrectamente” (M. WALZER, “Philosophy and democracy”, *Political Theory*, núm. 9, 1981, pp. 379-399).

⁶ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

miento o legitimidad del Estado Constitucional. Según esta postura, los desacuerdos sobre el valor Justicia son tan amplios en una sociedad plural, que sólo queda confiar en los procedimientos para fundar una teoría del reconocimiento⁷. Ahora bien, esta es una postura no del todo aceptable, como señala la réplica de Estlund⁸ a esta concepción, si los desacuerdos sustantivos son tan amplios y profundos ¿por qué pensar que vamos a ponernos de acuerdo en un procedimiento legítimo? ¿por qué no pensar que el hecho del pluralismo y los desacuerdos contaminará también nuestras concepciones sobre los procedimientos legítimos?

Por otro lado, otros autores otorgan primacía al sustantivismo, al contrario de la anterior, defienden que a la hora de evaluar la legitimidad del

⁷ El autor que mejor ha expuesto la primacía del procedimiento democrático por encima del elemento de Justicia sustantiva es, seguramente, Jeremy Waldron. El punto de partida de Waldron es el siguiente: 1. La gente no está de acuerdo en qué derechos tiene; y, 2. Dado este hecho, debemos respetar el derecho de la gente a participar y expresar su opinión en la resolución de este desacuerdo. Por tanto, Waldron no ve el derecho a participar como un derecho-valor al mismo nivel o en equilibrio de importancia que los otros. Para él, la participación es fundamental. La participación mayoritaria en la resolución de los desacuerdos sobre derechos debe ser adoptada, aunque esto supusiera peores resultados para los derechos que adoptar otro mecanismo de toma de decisiones (A. KAVANAGH, "Participation and Judicial Review: a Reply to Jeremy Waldron", *Law and Philosophy*, núm. 22, 2003, pp. 456-457). La argumentación de la justicia sustantiva es, para Waldron, una justificación insuficiente para limitar el derecho de los derechos: "(...) Si un procedimiento es democrático y se realiza terminando con el resultado correcto, no hay injusticia para nadie. Pero si el proceso es no democrático, este conlleva inherentemente y necesariamente, una injusticia en su operación, para las aspiraciones participativas de los ciudadanos ordinarios. Y, esta injusticia existe, al margen de si termina con el resultado correcto o no (...)" (J. WALDRON, "A Right-based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993, p. 50). Así pues, frente al argumento epistémico, Waldron impone el argumento de la primacía de la democracia.

En resumen, Waldron asigna un status especial al derecho a participar, que hace que no se pueda limitar por ningún otro derecho o valor o principio de la moralidad política. Si creemos en el gobierno de la gente, luego no podemos anular su decisión, ni cuando sea incorrecta. Pero, ¿por qué Waldron otorga tanta importancia a este derecho de participación?

Pues porque para Waldron la participación tiene valor, independientemente o más allá del propio proceso participativo. Él piensa este derecho como un derecho que tiene un valor intrínseco relacionado con la dignidad de la persona (igualdad jurídica y libertad).

Al permitir a los individuos la oportunidad de ser parte del proceso de toma de decisiones de la comunidad, está confirmando y afianzando su igualdad de derechos (igualdad jurídica) y su autonomía (libertad). En este sentido, garantizar un igual derecho a participar evidencia un reconocimiento público de la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad personal.

⁸ D. ESTLUND, "Political Quality", en J. PAUL, E. FRANKEL, F.D. MILLER (eds.), *Democracy*, Cambridge University Press, 2000, pp. 127-160.

Estado Constitucional la dimensión sustantiva debe tener prevalencia sobre la procedimental. Esta es también una postura de complicado sustento. Si las decisiones políticas son reconocidas sólo si son congruentes con aquello que consideramos justo, entonces éstas no merecen respeto ni obediencia cuando no se ajusten a nuestras creencias. Pero dado que en nuestras sociedades muchas personas tienen concepciones de la justicia distintas, no habría acción colectiva posible, ni autoridad posible⁹. Uno de los principales exponentes de esta corriente es Ronald Dworkin, quien defiende la existencia de un espacio protegido de derechos indisponibles por las mayorías legislativas, así como la necesidad de depositar la última palabra institucional en el procedimiento no mayoritario de la revisión judicial de las leyes¹⁰.

Y finalmente, todavía por otro lado, otros han defendido que la única concepción aceptable del reconocimiento o legitimidad es una concepción mixta. Esta idea se expresa en lo que Habermas ha llamado la “tesis de la co-originalidad”. Esto es, sostener que ambas clases de consideraciones –la procedimental (soberanía) y la sustantiva (Justicia)– son co-originales, ambas se presuponen mutuamente, se entrecruzan, ambas son irrenunciables¹¹, aunque tampoco esta es una posición exenta de contradicciones¹².

Pero en cualquier caso, y más allá de estas disputas, parece haber consenso en aceptar que, en distinto o igual grado de influencia o prioridad, el elemento procedimental de la participación-representación y el elemento sustantivo de la dignidad-justicia constituyen el auténtico *prius* y fundamento “democrático” del Estado Constitucional.

⁹ S. LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, pp. 33-34.

¹⁰ Vid. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977; R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986; R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

¹¹ J. HABERMAS, “Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls Political Liberalism”, *Journal of Philosophy*, núm. 92, vol. 3, 1995, pp. 109-131.

¹² Robert Dahl ha cuestionado la tesis de la co-originalidad de Habermas, señalando la imposibilidad real de que puedan cumplirse plenamente ambos criterios de reconocimiento social (procedimental y sustancial) en una relación de paridad absoluta, sin que se pueda dar primacía de uno sobre el otro, esto es algo idealmente muy atractivo pero empíricamente imposible. Las dimensiones procedimental y sustancial de la legitimidad no se encuentran en una relación de armonía, sino, casi siempre, de tensión (Vid. R. DAHL, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 197; Vid. también: J.L. MARTÍ, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2006, p. 148).

En una sociedad donde se respetan y cumplen estos dos vínculos Estado-sociedad, como fue, en parte, el Estado constitucional social europeo de postguerra, caracterizado a nivel procedimental por la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones manifestado, entre otras vías, por la negociación permanente entre sindicatos, Estado y patronal para la toma de las decisiones (corporativismo) y a nivel sustantivo por la garantía de los derechos sociales, las situaciones de ingobernabilidad se resolvían por la vía democrática implicando una secuencia temporal de cada vez mayor igualdad.

Cuando aquí hablo de ingobernabilidad me refiero a lo que Norberto Bobbio define como una ingobernabilidad entendida como consecuencia de la desproporción entre el cada vez mayor número de demandas provenientes de la Sociedad Civil (un obrero formado, sindicado y políticamente militante de la década de 1960, formula más demandas al Estado que un campesino analfabeto del siglo XIX) y la capacidad del sistema político para responder a las mismas¹³. La ingobernabilidad se plantea, entonces, como un problema de diferencia entre demanda (social) y respuesta (estatal). La resolución de esta tensión por la vía de la participación y la garantía de los derechos implica que deba ser resuelta mediante el reforzamiento y la mejora del estado de los servicios, esto es, mediante la adaptación parcial del orden estatal real al orden social querido. Se trata así de una opción que conduce a un Progreso permanente, en tanto que la tensión “demandas sociales-capacidad estatal” es irresoluble. Una vez que, mediante la lucha social, un grupo social consigue sus objetivos, consigue adecuar el orden institucional a sus expectativas, la tensión orden-expectativas no desaparece, sino que se reconstituye. Surgen nuevas expectativas sociales más exigentes que vuelven a poner en tensión orden real y orden querido¹⁴.

La resolución de esta tensión por la vía democrática se plasmo en la secuencia histórica: Constitucionalismo formal e individualista (que se orienta a la defensa de la libertad civil y las garantías personales); Constitucionalismo liberal-democrático (la participación y la libertad política se hacen más generales); y, Constitucionalismo social (universalización de los derechos políticos y sociales).

En este contexto, la participación-movilización de los ciudadanos y la reivindicación de derechos era cultura viva, dinámica, en movimiento, algo

¹³ N. BOBBIO, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en N. BOBBIO, G. PONTARA y S. VECA, *Crisis de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 14-15.

¹⁴ Sobre el carácter irresoluble de esta tensión, vid.: B. de SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, Trotta/ILSA, Madrid, 2009, pp. 29-33.

plenamente conectado con la totalidad, integrado en el paradigma socio-cultural de la comunidad. Los derechos de ciudadanía representaban el espacio en el que se definían las relaciones sociales, políticas y económicas y, por tanto, el ser constitutivo e interrelacional de los sujetos. Precisamente por esto, la movilización-denuncia de los actores sociales podía y era eficaz para transformar la realidad.

3. UNIÓN EUROPEA Y DESCONSTITUCIONALIZACIÓN: ¿CONTINÚAN EXISTIENDO LOS MISMOS MECANISMOS DE LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL ESTADO?

Después de la crisis mundial de octubre de 1973 y con el objetivo de llevar a cabo una recuperación económica de los países miembros y de aumento de competitividad respecto a Estados Unidos y los países asiáticos, la Unión Europea (UE) empezó a abrazar el modelo neoliberal. El Acta Única Europea (1986) puede considerarse el primer paso en esta dirección. Esta suponía que la UE llevaba a cabo la liberalización comercial más amplia posible, permitiendo a los grandes capitales operar sin ninguna traba en todo el territorio comunitario sin exigirles ninguna contrapartida. A ello le siguió una atención por los aspectos monetarios, no se puede construir una comunidad económica sin una cierta estabilidad entre las monedas de sus participantes. La transformación de la Comunidad Europea en Unión Económica y Monetaria (UEM) se hizo en dos pasos:

Primero, mediante el Informe Delors (1989), que estableció un plan donde se empieza a incidir con mucha más fuerza en la política económica de los Estados miembro, exigiendo el cumplimiento de condiciones especialmente en el área de la política monetaria y fiscal (liberalizar los movimientos de capital; prohibición de los Estados de recurrir a sus Bancos Centrales para solicitar créditos en condiciones favorables para financiar gasto público, teniendo que recurrir al mercado privado como cualquier otro solicitante de crédito; compromiso de avanzar hacia la independencia de los Bancos Centrales, etc.). Todo ello implica que los Estados pierdan importantes instrumentos de política económica y, por tanto, se vaya eliminando paulatinamente la capacidad de los gobiernos de hacer una política económica que no sea la neoliberal.

Y, segundo, mediante el Tratado de la Unión Europea o de Maastricht (1992), desde el cual se han sucedido con rapidez una serie de modificacio-

nes institucionales de alcance que han consolidado la apuesta por el neoliberalismo. Han sido muchos los cambios establecidos, aunque podemos destacar dos elementos fundamentales: la implantación de la moneda única y la constitución del Banco Central Europeo. Esto implicó, para los Estados, no sólo perder la posibilidad de una política monetaria, sino que, además, las condiciones exigidas para pasar a formar parte de la UEM suponían cumplir unos requisitos que reducían muy fuertemente las posibilidades de los países miembro de hacer una política fiscal activa ya que ponían un límite muy bajo a los déficit fiscales y a la deuda pública. Es decir, de acuerdo con la teoría neoliberal, se establecía un límite muy fuerte al papel que los gobiernos pudieran jugar para mejorar la actividad económica, el nivel de empleo de sus países o la política de seguridad social¹⁵. Las condiciones impuestas por el Tratado de Maastricht se convierten en permanentes, en 1996, con la firma en Dublín del llamado Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹⁶.

En resumen, podemos decir que, especialmente a partir del Tratado de Maastricht, se produjo, en primer lugar, el desarrollo de la institucionalización y juridificación de la Unión Europea y, en segundo lugar, la configuración de un libre mercado en expansión.

En cuanto al primero, el desarrollo de la institucionalización y juridificación de la Unión Europea, conjuntamente con la aplicación de los principios de primacía del derecho comunitario sobre el derecho estatal, así como el de aplicabilidad directa del derecho comunitario, comportó un cambio en el sistema de fuentes del derecho que ha puesto abiertamente en crisis las Constituciones del Estado social mediante lo que Supiot ha denominado un fenómeno de darwinismo normativo. El antiguo modelo de monismo jurídico parlamentario existente en el interior de los Estados (monopolio del Parlamento sobre la producción de legislación aplicable en su territorio), ha sido sustituido por un modelo de pluralismo jurídico (coexistencia de legislación estatal con la “normas” creadas por organismos tecnocráticos

¹⁵ Sobre ello, Vid. M. ETXEZARRETA, “Una panorámica crítica de la Unión Europea: un texto de divulgación”, *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 6, 2002; M. GILBERT, *Surpassing realism. The politics of European integration since 1945*, Rowman & Littlefield, 2003.

¹⁶ Este Pacto reforzaba la dureza de las condiciones que había impuesto Maastricht a la política fiscal, ya que exigía un cumplimiento permanente del equilibrio presupuestario (el déficit no puede ser nunca superior al 3% y debe tender al déficit cero) y, además, establecía que se impondrían multas importantes a los países que no cumplieran sus exigencias.

internacionales)¹⁷, donde las distintas normas jurídicas en convivencia se relacionan entre ellas, a partir de un nuevo principio superior: la libre competencia¹⁸. Ello convierte a la legislación parlamentaria estatal en un producto que compite con otras legislaciones o normas (*darwinismo normativo*), y donde se produce la selección natural de aquellas normas jurídicas mejor adaptadas a las exigencias del capital real y financiero. Surge un “mercado de productos legislativos” abierto a la elección de los individuos libres de situarse bajo la ley que les resulta más favorable.

Y en cuanto al segundo, la implementación de la llamada Constitución económica europea (centralidad del mercado, el pacto de estabilidad, la disciplina presupuestaria, el sistema de Banco Europeo, eliminación de las capacidades o competencias del Estado interventor, etc.) comportó la eliminación definitiva del Estado constitucional en su forma Estado social. El proceso de integración de la UE no sólo desconoce la relación de no subordinación entre razón económica y razón social propia del Estado social, sino que precisamente se configura sobre los contrarios. La centralidad del mercado pasa a aparecer materialmente en todo el *iter* europeo como motor del proceso, teniendo todo el resto de elementos que subordinarse a él.¹⁹

La Constitución se convierte entonces, en aspectos básicos del Estado social, en una estructura colgada en el vacío. La Constitución se incumple en supuestos básicos del Estado social recogidos en ella, como son los referidos a objetivos o fines propios de la intervención del Estado en materia de política económica (pleno empleo, redistribución de la riqueza) o a los medios, bien los específicamente previstos (planificación, política fiscal), bien los genéricamente necesarios para introducir el *reformismo* en el modelo socioeconómico (“remover los obstáculos o promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas”). El protagonismo de la Constitución es sustituido por nuevos ordenamientos jurídicos supraconsti-

¹⁷ Sobre el concepto de pluralismo jurídico entendido como la coexistencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, Vid. F. SNYDER, “Global Economic Networks and Global Legal Pluralism”, en *EUI WP Law*. 99/6, European University Institute, Florencia, 1999; K.H. LAUDER, *Globalization and Public Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 y P. CASANOVAS, “Dimensiones del pluralismo jurídico”, en *Actas del VIII Congreso Internacional de Antropología*, Barcelona, 2002.

¹⁸ A. SUPLOT, *El espíritu de Filadelfia*, Península, Barcelona, 2011, pp. 66-67.

¹⁹ Sobre ello, vid. C. de CABO, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 106-132.

tucionales, produciéndose una situación donde si bien las Constituciones del Estado social continúan vigentes, se produce una desconstitucionalización del derecho común aplicable a la realidad²⁰.

Parece entonces clara la tensión que existe entre integración europea post-Maastricht y Estado Social y Democrático de Derecho. Ahora bien, la pregunta que nos formulamos aquí es si con la crisis que la desconstitucionalización o cambio en las fuentes del derecho, fruto de los procesos de integración mundial-europea, ha implicado sobre los principios constitutivos del Derecho Constitucional surgidos de la revolución francesa (crisis de la forma estatal Derecho, del monopolio del Estado en la producción jurídica, de la Constitución como fuente jurídica por excelencia, debilitamiento de los Parlamentos nacionales, etc.), ¿surgen nuevas formas, y asociadas a ella, una nueva gramática, de la legitimidad del Estado? ¿O se mantienen las mismas?

Creo que podríamos afirmar que lo que caracteriza la actual transformación del Estado Constitucional iniciada en la década de 1980, no es un cambio o la invención de nuevas formas de legitimación distintas a las democráticas tradicionales, basadas en la *representación* y la *Justicia*. Estas perviven, todavía hoy, como elementos *simbólicos* de legitimación del poder; sino una reformulación latente de tales formas.

El Estado continúa “simbólicamente” fundamentándose o justificándose (legitimándose) por el cumplimiento de los atributos procedimental de “representación” y sustantivo de “Justicia”, aunque estos atributos son reconceptualizados de manera que vienen a significar ahora cosas totalmente distintas.

La principal transformación que sufren los conceptos de “representación” y “Justicia” es que pasan de ser atributos pluralistas en el Estado Constitucional del siglo XX, dando lugar a una legitimidad parcial o abierta, a ser atributos monistas en el Estado neoliberal del siglo XXI, dando lugar a una legitimidad omniabarcante o cerrada. Ello tiene como consecuencia que la participación-reivindicación o las movilizaciones de los ciudadanos en defensa de sus derechos se convierten en un “elemento cultural heredado muerto” con limitada capacidad de influir en las decisiones del poder y transformar la realidad.

²⁰ Sobre el proceso de desconstitucionalización, Vid. C. de CABO, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, cit., pp. 100-102.

4. LAS TRANSFORMACIONES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA PARTICIPACIÓN-REIVINDICACIÓN Y LOS DERECHOS COMO COMPONENTE CULTURAL HEREDADO MUERTO

A medida que, a partir del Tratado de Maastricht, se produce la institucionalización y juridificación de la Unión Europea y se perfila la supremacía y efecto directo del Derecho Comunitario, de manera que se potencia fuertemente el papel e influencia de la Unión Europea en el interior de los Estados, el Estado Constitucional pasa a reconfigurarse sobre nuevas bases: en primer lugar, el progresivo trasvase de competencias constitucionales del Estado hacia órganos tecnocráticos internacionales no electos democráticamente implica una reconfiguración del elemento procedimental de legitimación estructurado alrededor de la representación política; y, en segundo lugar, la configuración de la Unión Europea como un libre mercado en expansión conlleva, de manera decisiva, una crisis del Estado social y la entronización del dogma neoliberal en el ámbito de las políticas económicas estatales, lo que reconfigura también el elemento sustancial de legitimidad basado en los derechos.

Explicaré, a continuación, estas transformaciones en la legitimidad democrática del Estado y veremos a continuación, sus efectos sobre la limitación de la capacidad de los ciudadanos movilizados para presionar al Estado y lograr un cambio en la dirección ideológica de las políticas públicas.

4.1. La transformación de la representación

La teoría política ha distinguido, tradicionalmente, tres formas de representación que construyen, cada una de ellas, formas de “interés general” o “generalidad” social diferentes. Estas han sido:

La “representación-directa” (auto-representación), vinculada a la idea de “soberanía popular”. Esta hace referencia al ejercicio directo del Poder por parte del pueblo, en forma de Poder Constituyente o democracia participativa.

La “representación-delegación”, vinculada a la idea de “mandato”. El mandato hace referencia a la existencia de un acuerdo –elección– entre dos o más personas por el cual una se compromete a ejercer en nombre de los otros una determinada gestión, bajo el control de estos últimos. La cualidad esperada del representante es, aquí, la proximidad.

Y la “representación-figuración”, vinculada a la idea de personificación. Esta hace referencia a la asunción por parte de una persona “más” capaz –no necesariamente elegida–, de la voluntad de los otros “menos” capaces, subrogándose en la voluntad y personalidad de estos últimos, sustituyéndolos plenamente y, por tanto, pudiendo actuar con plena libertad en su nombre. La cualidad esperada del representante es, aquí, la capacidad.

Estas tres formas distintas de representación construyen formas de “interés general” o “generalidad” y, por tanto, formas de legitimidad (con Hegel, la legitimidad del Estado pasa a identificarse con el “interés general”) distintas.

De un lado, la “representación-directa” y la “representación-delegación” construyen una forma de “interés general” o generalidad social dual o plural que podemos llamar “generalidad por mayoría”. Mientras que de otro lado, la “representación-figuración” construye una forma de “interés general” o generalidad social monista que podemos llamar “generalidad por unanimidad”. Pasemos a ver esto.

4.1.1. El Estado Constitucional del s. XX: representación-directa, representación-delegación y generalidad por mayoría

La representación-directa es una forma de democracia pura o soberanía popular defendida por Jefferson²¹ o Robespierre²² (a raíz de Rousseau) en los primeros años de la revolución norteamericana y la francesa.

Sin embargo, como consecuencia de la reacción conservadora de los federalistas en Estados Unidos²³ y de la reacción de Termidor en Francia, terminó imponiéndose en ambos países, y en el resto de países donde al calor de las dos primeras surgen a lo largo del siglo XIX revoluciones liberales, un modelo de democracia no directa.

Las revoluciones liberal-democráticas terminaron implicando el surgimiento de una concepción compleja de la representación, una fusión entre

²¹ Vid. M. HARDT, *Thomas Jefferson. La Declaración de Independencia*, Akal, Madrid, 2009.

²² Vid. S. ZIZEK, *Robespierre. Virtud y terror*, Akal, Madrid, 2010.

²³ Sobre la reacción conservadora de los federalistas en contra de la participación democrática de la ciudadanía durante los primeros años de la revolución norteamericana, Vid. R. GARGARELLA, “The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas. 1776-1860”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, pp. 8-14; y R. GARGARELLA, *The Scepter of Reason. Public Discussion and Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 2000, pp. 55-105.

representación-delegación y *representación-figuración*, que pasan a entenderse, desde entonces, como indisolubles.

En el Estado Constitucional liberal, los representantes políticos son, a la vez, representantes elegidos por una minoría (sufragio censitario) o, después, una mayoría (sufragio universal) de los ciudadanos (*representación-delegación*), y representantes independientes del cuerpo electoral que los eligió. Tanto Hamilton o Madison como Siéyes (que son los que acaban imponiéndose sobre las visiones mucho más democráticas de Jefferson o Robespierre) establecen que, una vez elegidos, los representantes debían ser independientes de sus electores para poder deliberar efectivamente, esto es, para poder sustraerse de los intereses corporativos y actuar y expresar la voluntad en representación de toda la nación. Su propio estatuto de independencia es lo que, según tales autores, establecía y consagraba que pudieran desarrollar esta función (*representación-figuración*).

Es muy común ver en todas las constituciones liberales, viejas y nuevas, un artículo referido al sufragio como mecanismo de elección de autoridades políticas y, a la vez, otro que establece que estas “no estarán sometidas al mandato imperativo”.

No obstante, y aun reconociendo este carácter mixto de la representación, podemos afirmar claramente que en el Estado Constitucional la organización política se estructuraba alrededor del parlamentarismo y ello implicaba dos cosas:

Primero, que en el parlamentarismo, especialmente con la introducción del sufragio universal, el elemento de la representación-delegación es el fundamental (*la representación-figuración era funcional o secundaria con respecto representación-delegación*).

Y segundo, que en el parlamentarismo se da el juego de mayorías y minorías, que implica necesariamente reconocer la existencia de la división social. En este modelo, el ser “expresión de la voluntad general” (que es lo que otorga legitimidad a una decisión política), no se asocia a “unanimidad” sino a “mayoría”, que son cosas distintas. La voluntad general es una construcción no unánime, sino aritmética.

En consecuencia, podemos decir que tanto la representación-directa (Poder constituyente y democracia participativa) como la representación-delegación (elecciones parlamentarias), ambas formas propias del Estado Constitucional, construyen un “interés general” o generalidad a partir de la mayoría. Cada una de ellas construye, respectivamente, dos formas del pue-

blo: el *pueblo social*, que es la irrupción de mayorías o minorías activas en la escena política, es la suma de protestas e iniciativas de toda naturaleza, es el “pueblo-flujo”, el “pueblo-problema”. Y, el *pueblo electoral*, que es la mayoría aritmética que toma consistencia en las urnas.

Estas dos formas de pueblo construyen una generalidad o “interés común” por mayoría, no por unanimidad, ya que tales cuerpos del pueblo no representan al pueblo íntegramente o completamente sino que expresan una dimensión limitada del mismo.

La mayoría –que es lo que aquí otorga legitimidad– es una categoría dual, implica siempre, a la vez, una o varias minoría(s), con lo cual la legitimidad (de la mayoría) es imperfecta, disputable y arrebatable por la minoría. La legitimidad del Estado es “un proceso social en curso”. Es una legitimidad parcial, plural y abierta.

4.1.2. *El Estado neoliberal del s. XXI: representación-figuración y generalidad por unanimidad*

De manera paralela al activo proceso de reestructuración económica tendiente a minimizar el rol del Estado en las diferentes esferas de la actividad económica y social, desde los propios organismos internacionales se impulsó políticas que hacían énfasis en la ampliación de la capacidad institucional y en la eficacia de la acción estatal para el buen funcionamiento de los mercados. Hecha la reestructuración económica existía la necesidad de recrear en el ámbito de la administración pública condiciones similares a las del funcionamiento del mercado. De este modo, la nueva generación de reformas prioriza una serie de transformaciones “hacia adentro” del Estado²⁴, apoyadas cada vez más en las ideas básicas provenientes de las ciencias de gestión o del *management*, cuya legitimidad como fuente de propuestas para mejorar el desempeño del sector público encuentra sustento en la experiencia “exitosa” acumulada en el sector privado durante las últimas décadas.²⁵ En todas partes, y sobre todo en Europa, las llamadas agencias, comisiones o autoridades

²⁴ O. OSZLAK, “Quemar las Naves (o como lograr reformas estatales irreversibles)”, Trabajo presentado al IV Congreso Internacional del CLAD, México, 1999 (citado por A. LÓPEZ, “La Nueva Gestión Pública: algunas precisiones para su abordaje conceptual”, en *Serie I: Desarrollo institucional y Reforma del Estado* (Doc. 68), Instituto Nacional de Administración Pública, Argentina, p. 7).

²⁵ Vid. L. DIAMOND, M.F. PLATTNER y A. SCHEDLER (comps.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Boulder (Col.), 1999.

administrativas técnicas o independientes, a las que quedan anexadas muchas empresas y servicios pseudo-públicos como simples aparejos de extensión administrativa, empezaron a multiplicarse y a convertirse en los nuevos espacios de toma de decisiones de naturaleza pública.

Uno de los rasgos de los nuevos órganos tecnócratas, nacionales e internacionales, de toma de decisiones políticas es que no han sido elegidos por los ciudadanos, lo que en palabras de los constitucionalistas norteamericanos Peter L. Strauss o Geoffrey P. Miller²⁶, o de los franceses C.A. Colliard y G. Timsit²⁷, los convierte en auténticas “anomalías jurídicas” cuya constitucionalidad está cuestionada. Una pregunta surge aquí, ¿puede un poder ser representativo aunque no proceda de una elección? Hoy, desde determinados sectores de la doctrina, se argumenta que sí. ¿Cómo?

Estos discursos, entre cuyos máximos representantes podemos ubicar a Pierre Rosanvallon²⁸, afirman que si bien en una sociedad como la del Estado Constitucional, con fuertes identidades políticas colectivas (de clase, de grupo, etc.), la irrupción del sufragio universal implicó la constitución de órganos de mediación (los partidos) entre la sociedad y el sistema electoral, que fueron instrumentos de regulación y democratización; hoy en día, las identidades políticas se han desestructurado. La fragmentación de las identidades colectivas ha creado una gran multiplicidad de sujetos independientes, de lo que resulta una fragilización y una relativización de la noción de “mayoría”. Ello ha transformado, por completo, la relación entre gobernados y gobernantes, teniendo que inventar un nuevo concepto de representación diferen-

²⁶ Estos autores hablan de las nuevas comisiones, agencias o autoridad técnicas independientes como instancias que no entran en ninguna de sus categorías. Si bien reconocen que estas ya se encuentran plenamente integradas en la cultura política nacional, no por ello dejan de constituir, según ellos, “anomalías jurídicas” y, por eso, su constitucionalidad sigue estando cuestionada (Vid. P.L. STRAUSS, “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Columbia Law Review*, vol. 84, núm. 3, 1984; y, G.P. MILLER, “Independent Agencies”, *The Supreme Court Review*, 1986 (vol. único)).

²⁷ En Francia, estos juristas han caracterizado estos nuevos órganos como contrarios a la tradición republicana. En primer lugar, se trata de instituciones que están en las antípodas de la visión jacobina de una soberanía única e indivisible. Y, en segundo lugar, la noción de imparcialidad, señalan, tampoco pertenece a la cultura política francesa. Durante la Revolución, la “voluntad” como fuerza que unifica y dirige es la reconocida, y no la imparcialidad, asociada a la prudencia, que remite al hecho de una sociedad dividida (Vid. C.A. COLLIARD y G. TIMSIT, (comps.), *Les Autorités indépendantes*, PUF, París, 1988).

²⁸ P. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2010.

te a la “representación-delegación” y al de “mayorías-minorías”, propios del parlamentarismo, que ya habrían pasado a la historia. Un nuevo concepto más adecuado a la actualidad, para poder organizar mejor la relación entre el poder y la sociedad²⁹.

Este concepto de representación “más adecuado a la realidad actual”, que ha terminado imponiéndose en parte de nuestras sociedades, ya no es pues una forma de “representación-delegación” asociada al Parlamento, sino una forma de “representación-figuración” que se personifica en los nuevos órganos estatales e internacionales tecnocráticos no electos.

Se ha reconceptualizado el concepto de “representación” para adaptarlo a la nueva estructura y funcionamiento del aparato del Estado y poder continuar utilizándolo como mecanismo de legitimación.

En este sentido, Rosanvallon afirma que los actuales órganos tecnocráticos no electos son órganos plenamente representativos de los ciudadanos, incluso más que los parlamentos (“Las distintas autoridades independientes (...) participan en la edificación de una sociedad más libre y democrática”³⁰). Tal representación se llevaría a cabo, por parte de estos órganos, a través de las siguientes tres vías:

a) Una *Representación por imparcialidad*: Los nuevos órganos tecnocráticos (estatales e internacionales) de toma de decisiones son –afirma esta postura– órganos técnicos y no “políticos”. Por tanto, son imparciales. Rosanvallon señala que el propio comportamiento imparcial tiene una dimensión representativa por la preocupación que lo anima a tener muy en cuenta la totalidad de los datos de un problema y no desatender ninguna situación. La imparcialidad, dice, es vigilancia, presencia activa en el mundo, la voluntad de entregar la representación más fiel posible de ella. Citando a Kant dice que la imparcialidad consiste en “adoptar todos los puntos de vista concebibles”. Por tanto, lejos de resultar una posición prominente, de una visión superior y despegada de las cosas, es, por el contrario, una inmersión reflexiva en el mundo. La imparcialidad consistiría en ampliar su propio pensamiento a los efectos de tener en cuenta el de los demás. Este “pensamiento ampliado” es una manera de deshacerse de la estrechez de las visiones y enfrentamientos político-partidistas, para intentar el acceso a una forma de generalidad. Participa de un esfuerzo de representación de la sociedad por entero, sin

²⁹ P. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, cit., p. 289.

³⁰ Ibid. p. 170.

quedarse únicamente con las voces dominantes o las expresiones de clase o de grupo³¹.

b) Una *representación por atención o proximidad*: La proximidad viene dada por el acortamiento de la distancia entre gobernante y gobernado. Los viejos representantes parlamentarios, pertenecientes a partidos de clase, gobernaban en base a objetivos colectivos de clase. Estos objetivos se caracterizan por ser de tipo agregativo, ya que toman a los individuos en su conjunto y no separadamente (así, el desarrollo económico, el bienestar general, etc.). Las decisiones de Parlamento, fundamentadas en implementar tales objetivos, se aplicaban de manera general sin tener en cuenta los casos particulares.

Los nuevos órganos tecnocráticos “independientes”, al no responder a un programa político de clase, afirman sus defensores, atienden o tienen en cuenta la totalidad de las situaciones particulares existentes, por tanto, a la hora de tomar decisiones amplían su campo de atención y proximidad.

Se trata de órganos preocupados de los efectos de las leyes y políticas generales sobre los individuos. Por ello –dice– se podría hablar de una práctica de “descenso en generalidad”. Es una generalidad que atiende a la particularidad, lo que genera mayor proximidad o identificación (representación) de la totalidad de ciudadanos con el Poder.

c) Una *representación por reflexividad*: Rosanvallon define como formas de “*democracia inmediata*” (concepto que toma de Condorcet³²), a las dos principales modalidades de ejercicio de la soberanía por parte del pueblo: la representación-directa y la representación-delegación.

Estas –dice– son formas políticas de inmediatez porque no implican una reflexibilidad de lo social, sino que entienden la vida política como pura acción espontánea, como expresión directa, no mediatizada, del sentimiento o la pasión, de la irracionalidad.

Con ellas, dijo Ernst Renan, la voluntad general no es más que un capricho de la mayoría de cada momento³³. La posibilidad siempre abierta de reformularla termina, paradójicamente, por roerla. Literalmente, se descompone al segmentarse y someterse a perpetuas variaciones. Para decirlo de otro modo, se disuelve como “voluntad”, para reducirse a una yuxtaposición de

³¹ Ibid. pp. 127-133.

³² Vid. CONDORCET, “Aux amis de la liberté sur les moyens d’en assurer la durée (7 de agosto de 1790)”, en *Euvres de Condorcet*, Firmin Didot Freres, Paris, 1847-1849, t. X, p. 178-179.

³³ E. RENAN, *La Monarchie constitutionnelle en France*, M. Lévy Frères, Paris, 1870, p. 127.

decisiones que terminan por ser contradictorias³⁴. Se trata de una “tiranía del corto plazo”.

El pueblo –continúa afirmando– es demasiado múltiple para que una sola de sus manifestaciones espontáneas e irreflexivas pueda resumirlo y representarlo de manera suficiente. La única manera de garantizar la democracia es crear una “soberanía compleja” basada en una diversificación de las temporalidades y de los modos de expresión de la vida política.

De acuerdo con esto, la democracia necesitaría, estructuralmente, “terceros independientes y reflexivos” para que, con calma, eviten que el soberano no se reduzca a una expresión violenta o electoral mayoritaria sino que represente a todos los ciudadanos.

Los órganos tecnocráticos, por su “independencia” y porque manejan amplios niveles de información, dispositivos de confrontación y especialistas aptos para la deliberación, introducirían esta condición democrático-reflexiva y garantizarían que las decisiones políticas cumplan una plena y amplia función de representación social y política³⁵. La llamada soberanía

³⁴ P. ROSANVALLON, P. *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, cit. pp. 196-197.

³⁵ Después de ver estos tres nuevos tipos de “representación”, podemos observar que lo que se produce es un proceso de “judicialización” de la estructura política. Rosanvallon usa los mismos argumentos que utilizaron Hamilton o Madison en el famoso *The Federalist* no. 10, donde afirmaban que los comportamientos irracionales es una tendencia propia e inevitable de las Asambleas legislativas que daba lugar al “despotismo de la legislatura”, y que era necesario empoderar a órganos técnicos independientes (los jueces) para garantizar el interés general. El primero en introducir como argumento para la defensa de la revisión judicial, el miedo a la tiranía de la mayoría, que luego utilizaron Hamilton o Madison, fue James Kent. Este autor hizo del despotismo de la mayoría el centro de su argumentación para la revisión judicial, y a diferencia de los autores anteriores, la presentó como la mejor razón para preferir a los jueces antes que al pueblo o al legislativo a la hora de interpretar la Constitución (Vid. J. KENT, “An Introductory Lecture to a Court of Law Lectures”, en Ch.S. HYNEMAN y D.S. LUTZ (eds.), *American Political Writing during the Founding Era, 1760-1805*, Liberty Press, Indianapolis, 1983, pp. 941-942; Vid. también: T. HORTON, *James Kent: A Study in Conservatism*, D. Appleton-Century company, New York-London, 1939, pp. 63 y 85-87). Más recientemente, esta argumentación ha sido utilizada también por autores como Ronald Dworkin o John Hart Ely para, en su enfrentamiento con Jeremy Waldron acerca de la llamada “dificultad contra-mayoritaria”, defender el papel de los jueces, a pesar de no ser electos, en el fortalecimiento de la democracia. Judicializar el poder político, permite que los órganos político-tecnocráticos, aun y no teniendo “legitimidad democrática” pues no son electos por los ciudadanos, aparezcan como cuerpos profesionales y apolíticos de toma de decisiones que velan por el interés general de todos y, por tanto, como igualmente representativos de los intereses de la toda la población (Vid. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The moral Reading of the American constitution*,

compleja (donde intervienen tales órganos tecnocráticos) aparecería como la forma política adecuada para una expresión más fiel de todo el pueblo, al estar funcional y materialmente multiplicada. Por esto, sería más representativa³⁶.

En conclusión, de estas nuevas formas de representación-legitimidad (por imparcialidad, atención, proximidad y reflexividad), propias de los órganos tecnocráticos, se derivan dos conclusiones: una, que se trata de una concepción que permite que la idea de representación no tenga porqué estar unida, puede desprenderse, de la elección (incluso, afirman algunos, la “no elección” genera más representación³⁷); y dos, se trata de una concepción de la representación que satisface la exigencia de unanimidad.

Oxford University Press, Oxford, 1999; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980; J. WALDRON, *Law and disagreement*, cit.)

³⁶ En este sentido, un artículo por el que, en el 2004, les otorgaron el Premio Nobel de Economía, Kydland y Prescott, pretendían demostrar que, a menudo, era racional restringir el margen de maniobra de los gobernantes a los efectos de evitar que tomaran decisiones circunstanciales, vinculadas, por ejemplo, a plazos electorales, contrarios, en el medio plazo, al interés general. Más vale un gobierno con reglas que un gobierno discrecional, sostenían, tomando como ejemplo el caso de la política monetaria. Estos dos autores, grandes defensores de la independencia de los Bancos Centrales, fueron algunos de los promotores de la noción de “constitucionalismo económico” (F.E. KYDLAND y E.C. PRESCOTT, “Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans”, *The Journal of Political Economy*, vol. 85, núm. 3, junio 1977). Esta noción de “constitucionalismo económico” que se consolidó en la década de 1980 (vid. R.B. MCKENZIE (comp.), *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government*, Lexington Books, Lexington (Mass.), 1984; J.M. BUCHANAN *Constitutional Economics*, Basol Blackwell, Oxford, 1991), fue utilizada por teóricos liberales deseosos de restringir los poderes económicos, monetarios y fiscales de los gobiernos, considerados demasiado inclinados a dejarse influir por intereses externos. Los trabajos de James M. Buchanan, Milton Friedman o Friedrich Hayek desarrollaron este enfoque. Su propuesta consistía en incluir en la Constitución unos principios obligatorios para los gobernantes: obligación de presentar presupuestos equilibrados, limitación del gasto público a un cierto porcentaje del PIB, limitación del crecimiento de la masa monetaria etc. Se trata de limitar el campo de las decisiones políticas, ya que estos autores consideran al político como estructuralmente incapaz, en términos tanto cognitivos como informativos, de gestionar racionalmente, en beneficio de todos, el campo económico (Vid. J.M. BUCHANAN, *Los límites de la libertad: entre la anarquía y Leviatán*, Premia, México, 1981; Capítulo I “Generality, Law and Politics” y Capítulo V “Generality and the Political Agenda” en J.M. BUCHANAN y R.D. CONGLETON, *Politics by Principle, not Interest. Toward Nondiscriminatory Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; R.B. MCKENZIE, *The Limits of Economic Science: Essays on Methodology*, Kluwer-Nijhoff Publishers, 1982; F. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1982).

³⁷ “Si una institución debe encarnar estructuralmente una forma de reflexibilidad e imparcialidad a distancia de cualquier inscripción en orden partidaria (...). La manifestación de su carácter de generalidad funcional podría quedar irremediabilmente comprometida por su

Mientras la representación o mayoría electoral construye una generalidad agregativa parcial, que no es una en su sustancialidad (el sufragio es estructuralmente dependiente de la manifestación de los antagonismos políticos. Es una generalidad atravesada por la divergencia de los intereses y las opiniones); la representación de imparcialidad, atención y proximidad y de reflexión, construye “simbólicamente” una generalidad omniabarcante, al presentarse como distanciada de los intereses particulares, al no tener ningún interés concreto, es la que “garantizaría” más adecuadamente la prosecución del interés general, con lo cual la exigencia de unanimidad o totalidad social puede ser satisfecha.

A diferencia de las representaciones del Estado Constitucional, que construían una generalidad basada en las formas de “pueblo electoral” o “pueblo social” (generalidad incompleta), la nueva idea de representación construye una generalidad basada en la forma de Pueblo-principio. Esto es, la inclusión de todos, en condiciones de “igualdad”, en la sociedad, entendida como todo unitario. Esta es una subjetivación de lo común deshaciendo el tejido disensual de la sociedad, convirtiendo en actores de lo común aquellos que no lo son.

En consecuencia, la representación por imparcialidad, atención y proximidad, y por reflexibilidad, constituiría una generalidad por unanimidad, y la unanimidad, a diferencia de la mayoría, no es un concepto dual, sino monista. La legitimidad sería, entonces, perfecta, omniabarcante y cerrada.

4.2. La transformación de la Justicia

El otro elemento de legitimidad, conjuntamente con el procedimental, es el sustancial: la Justicia. Como ya hemos señalado, para que el Estado sea plenamente reconocido o legítimo, debe no sólo producir sus leyes con la participación de la mayoría de los ciudadanos (representación-participación), sino también asegurarse de que las leyes se adecúan a ciertos valores o contenidos sustantivos de Justicia.

La categoría Justicia ha sufrido un proceso similar al de representación, pasando de ser, en el Estado Constitucional del s. XX, un atributo plural y abierto, a pasar a ser, en el s. XXI, un concepto monista y cerrado.

Podemos decir que se produce, en este sentido, una transformación de la categoría Justicia. Se pasa de una concepción “coherente” de la Justicia, en el

carácter electivo” (P. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, cit. p. 222).

Estado Constitucional del s. XX (esta era una concepción plural y abierta de Justicia), a una concepción “utilitarista” de la Justicia, en el Estado neoliberal del s. XXI (esta es una concepción monista y cerrada). Intentaré explicar esto.

La Justicia puede entenderse de dos maneras distintas: Justicia como sinónimo de “Derecho”, de relación inter-subjetiva. La Justicia sería, entonces, la que, mediante las instituciones jurídicas (tribunales y juzgados), regula o corrige las relaciones o modos de trato entre individuos. No nos detendremos en esta definición. O Justicia como sinónimo de “derechos”. La justicia sería aquí un ideal, a la vez, reivindicación social y objetivo del Estado.

Partiendo de esta segunda definición, podemos decir que la Justicia tiene su fundamento, su raíz, en la *ética*.

Como señaló Rawls, los dos conceptos principales de la ética son: lo *bueno* (el bien) y lo *correcto*³⁸. Definiré estos de la siguiente manera:

El bien, es un *objetivo* deseable, un fin racional. Se trata además de algo subjetivo. Spinoza escribió “no nos movemos hacia, queremos, creemos que algo es bueno, sino que es bueno porque nos movemos hacia ello, lo queremos, apetecemos y deseamos”³⁹. Por tanto, cada proyecto político de clase tendrá su propio bien, su propio objetivo final de Justicia, que será, a la vez, objetivo del Estado. Siempre se gobierna de acuerdo a fines (bien).

Lo correcto. Una vez fijado el objetivo-bien, lo correcto es el *procedimiento*, la acción (política), los mecanismos, que favorecen su logro.

La diferencia entre la concepción “coherente” y “utilitarista” de la Justicia será el modo de conectar, la relación existente entre estos dos conceptos básicos: lo bueno (objetivo –de Estado–) y lo correcto (procedimiento).

4.2.1. *La concepción coherente de Justicia en el Estado Constitucional del s. XX: la prioridad de lo correcto sobre lo bueno*

En esta concepción de Justicia, tan importante es lo bueno (el bien) como lo correcto.

En primer lugar, el gobierno, en función de sus intereses o proyecto político, determina qué es el bien, lo bueno. El objetivo o fin de Justicia que debe perseguir el Estado.

³⁸ J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1979, p. 42.

³⁹ Vid. entrada sobre Spinoza en *Diccionario de Filosofía de J. Ferrater Mora*, Ariel, Barcelona, 1994.

Ahora bien, en segundo lugar, el procedimiento para conseguir tal bien-objetivo de Estado, no puede ser cualquiera. Lo *correcto* (procedimiento) debe tener en cuenta que cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la noción de dignidad humana, que no puede ser anulada, ni siquiera en pro de un supuesto bien común. La vulneración de derechos fundamentales de algunos no puede argumentarse como algo correcto por el hecho de que contribuya a un bien colectivo mayor. Los derechos fundamentales no están sometidos al cálculo de intereses sociales mayores.

Por tanto, el *bien* no se puede interpretar como algo independiente de lo *correcto*, como algo independiente de sus consecuencias.

Ello supone, implícitamente o indirectamente, que la clase en el poder deba adecuar su concepción de *bien*, su bien-objetivo (su concepción de Justicia), a lo que requiere lo *correcto*, (lo justo-dignidad humana) o, al menos, no insistir en pretensiones que lo viole directamente.

Lo correcto, lo justo-dignidad humana, establece, entonces, un límite al bien propio del gobierno. Al diseñar el bien-objetivo del Estado, los hombres deben tener en cuenta las restricciones de lo correcto. Se produce, en consecuencia, una prioridad de lo correcto (lo justo-dignidad humana) sobre el bien (Justicia).

Ello hace que el *bien* (la Justicia), pueda ser constantemente discutida, en función de si se considera que respeta o no lo *correcto* (derechos-dignidad humana). En consecuencia, la Justicia es una categoría abierta, disputable y plural.

Esta es la concepción propia del Estado Constitucional democrático del s. XX. El constitucionalismo o garantismo es el establecimiento de límites y obligaciones al *bien-objetivo* del Estado en defensa de lo *correcto* (los derechos fundamentales de los ciudadanos).

4.2.2. *La concepción utilitarista de Justicia en el Estado neoliberal: la prioridad de lo bueno sobre lo correcto*

En esta concepción de Justicia, el *bien* aparece como algo absoluto y autónomo (concepción teleológica del bien), y lo *correcto* como mero instrumento subordinado al primero. Es una teoría que juzga la “justicia” de las cosas sin referirse a lo que es correcto. El *bien* es un “todo” independiente y separado de lo *correcto*.

Veamos un ejemplo. En la teoría utilitarista clásica, Jeremy Bentham (s. XVIII y XIX) estableció como *bien-objetivo* final: “la mayor felicidad del

mayor número"; es decir, el satisfacer los deseos del máximo de individuos posibles⁴⁰.

Cuando las instituciones más importantes de la sociedad están estructuradas de modo que obtienen el mayor balance neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos, la sociedad es justa. Se cumple el principio Justicia.

En este sentido, los términos apropiados o *correctos* de cooperación social son "*cualesquiera*" que permitan obtener la mayor suma de satisfacción de los deseos de los individuos, sin importar como se distribuye esta suma de satisfacciones entre los individuos.

La distribución *correcta*, en cada caso, es la que produce máximo balance neto de satisfacción, "*sea la que sea*". En consecuencia, la violación de los derechos fundamentales de unos pocos debería ser considerada *correcta* si contribuye a un mayor bien compartido por muchos.

Esto parece ser contradictorio con un precepto de Justicia de sentido común, relativo a la protección de los derechos y la dignidad humana.

⁴⁰ Bentham define así su teoría: "El objeto del gobierno debería ser la máxima felicidad de todos los miembros del Estado. Pero lo que es bueno para uno puede ser opuesto a la felicidad de muchos otros. Desgraciadamente es imposible ensanchar indefinidamente la esfera de felicidad de cada individuo sin entrar en conflicto con la felicidad de otros. Por lo tanto, el único objetivo debería ser la mayor felicidad posible del mayor número; en una palabra, el bien común es el objetivo correcto del gobierno, y la tarea adecuada del legislador el descubrir la regulación conveniente para producir el mayor bien al mayor número de seres humanos. El legislador justo que considera igual a cada miembro de la comunidad no puede perseguir otro objetivo. La determinación de cada punto en cada ley, desde el principio al fin, sin excepción, debe estar dirigido hacia el mayor bien del mayor número y debe descansar sobre este principio". Ahora bien, ¿cómo se hacía efectiva, según Bentham, la felicidad del mayor número? Aunque Bentham estableció una larga lista de tipos de placer, muchos de orden no material, estaba convencido que la posesión de bienes materiales era tan básico para el logro de todas las demás satisfacciones que era lo único que podía tomarse como la medida de todas ellas ("a cada porción de riqueza corresponde una porción de felicidad"). Y "el dinero es el instrumento con el que se mide la cantidad de dolor o de placer". Por tanto, la felicidad pasaba por la posesión de riquezas. Con el objetivo de establecer la mayor felicidad del mayor número, Bentham defendía que los objetivos de la legislación debían ser garantizar un sistema de propiedad privada ilimitada y de empresa capitalista donde los hombres pudieran adueñarse sin límite del fruto de su trabajo (riqueza), además de no establecer mecanismos para asegurar la subsistencia, la redistribución ni la igualdad entre personas, ya que ello eliminaría el incentivo natural al trabajo productivo de cada uno para la generación de riqueza-felicidad (entre igualdad y seguridad la ley no debe titubear: "la igualdad ha de quedar en segundo lugar"). (Vid. J. BENTHAM, *The theory of Legislation*, N.M. Tripathy, Bombay, 1975, parte I, cap. 6, "Principles of the Civil Code").

De acuerdo con ello, cuando el legislador toma una decisión no se comportaría de manera muy diferente de cómo lo hace un empresario que decide como maximizar su ganancia. La decisión correcta es, esencialmente, una cuestión no moral sino de administración eficiente.

La Justicia se focaliza única y exclusivamente, se reduce, en la idea de *bien*, no a lo *correcto*. No se establece ninguna condición o límite sobre el bien-objetivo⁴¹.

En consecuencia, lo que subjetivamente califican como bien (Justicia), se eleva a la categoría de absoluto, a algo teleológico, y no se puede discutir. Se expulsa la discusión sobre la idea de bien (Justicia). Sólo puede existir disputa acerca de los procedimientos más eficaces, correctos, para lograr el bien, los medios más directos para lograr la meta. Y las discusiones sobre medios son técnicas, no morales⁴².

De ahí que mantenga que la concepción utilitarista de la Justicia se basa en un concepto cerrado, no discutible, o monista de Justicia.

Un ejemplo claro de esta concepción de Justicia lo encontramos en el neoliberalismo. El neoliberalismo reorganizó la sociedad como una máquina brutal y sin escrúpulos (subordinación de la dignidad-derechos, lo *correcto*, a los intereses económicos) que funciona sin fricciones, sirviendo a las necesidades del único objetivo-*bien*: la acumulación de capital. Palabras como Justicia, democracia, libertad, etc. se redefinieron, separándose de su valor original, en función de este único objetivo-bien sagrado. En la actualidad, el contexto de crisis es utilizado por los gobernantes para justificar el sacrificio de los derechos de dignidad de los ciudadanos en pro de un objetivo-fin de “justicia” superior: el crecimiento económico.

En resumen, de lo planteado en este punto 4, podemos extraer como conclusión que si bien el Estado, durante su etapa actual, continua legitimándose en base a los rasgos o atributos “democráticos” tradicionales: un rasgo procedimental (representación) y uno sustancial (Justicia), se ha producido, conjuntamente con la reestructuración del sistema económico y político, una redefinición de tales atributos, convirtiéndoles de categorías abiertas y plurales en el Estado Constitucional del s. XX, a categorías cerradas o monistas

⁴¹ Uno de los máximos representantes de esta teoría utilitarista de la Justicia, en el siglo XX, fue Henry Sidgwick, quien aplica la doctrina utilitarista a los problemas de la justicia social y económica (Vid. H. SIDGWICK, *The Methods of Ethics*, Macmillan, Londres, 1967).

⁴² Sobre la concepción utilitarista de Justicia, vid. J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, cit., pp. 40-52.

en el Estado neoliberal del s. XXI. Con lo cual la legitimidad del Estado ya no es algo políticamente disputable, abierto, plural, un “proceso social en curso”, sino algo cerrado, indisputable y monista.

En una sociedad donde se han roto los mecanismos de participación y mediación entre Estado y Sociedad para la toma de decisiones de naturaleza pública y donde el Estado se ha convertido en una mera maquinaria tecnocrático-administrativa habilitadora de políticas neoliberales, autosuficiente y legitimada por sí misma, sin necesidad de contar con el consenso social de la mayoría, su supuesta imparcialidad lo convierten en algo incuestionable; los medios-recursos de movilización-reivindicación de los ciudadanos en defensa de sus derechos se convierten en un “elemento cultural heredado muerto”.

Estos mecanismos de reivindicación se convierten en algo ajeno, autónomo, no funcional al orden cultural-normativo del poder. Estos se convierten en un elemento que caracterizaba la vida de nuestros ancianos y que, determinadas personas, transportamos al presente, adaptamos a nuestra realidad, convirtiéndolo en instrumento y objeto de reivindicación. Pero con el problema de que se trata de unos métodos desconectados, desfasados o desajustado del nuevo sistema cultural utilitarista de las estructuras de poder, unos métodos que ya no pertenecen a una realidad donde el contrato pueblo-Estado ya no existe, habiendo sido sustituido por un nuevo contrato Capital-Estado del que los ciudadanos ocupamos una posición de terceros ajenos. Tales mecanismos son ahora un elemento cultural heredado muerto, estático, que no está integrado o no es funcional, que es independiente, autónomo, a una realidad económica, política y social basada en otro orden cultural-normativo, la cultura tecnocrática del beneficio económico de una minoría. Se trata ya de un elemento desfasado en el nuevo sistema socio-cultural del poder puramente utilitarista.

Las manifestaciones, concentraciones, huelgas, etc. se convierten simplemente, ahora, en una especie de traje de domingo que nos ponemos, unos cuantos, para cuando las mismas terminan, sin haber logrado ninguna transformación, continuar con nuestra vida diaria, que nada tiene que ver con el gobierno común de la sociedad.

La transformación de los conceptos de representación y de justicia en el seno del Estado neoliberal del siglo XXI, produce, por tanto, en nuestros días, una ritualización, folklorización, cosificación o museificación de tales recursos-acciones de movilización, lo que nos lleva a hablar de una rituali-

zación, folklorización o museificación de una lucha política, con cada vez, menos capacidad de influir sobre las decisiones del Estado tecnocrático.

5. CONCLUSIONES

De todo lo planteado hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. A pesar de las cada vez más masivas movilizaciones reivindicando derechos sociales y expresiones de descontento popular con la política económica impulsada por los Estados miembros y la UE, estas no parecen estar iniciando una transformación en el sistema que se mantiene, ni tener la más mínima influencia sobre nuestros dirigentes, que continúan implementando “más Europa” y no “otra Europa”. A pesar de las movilizaciones podemos afirmar que, después de esta crisis, el capitalismo no sólo no desaparecerá sino que será peor que el de hoy.
2. Para responder a la pregunta ¿cómo es posible que la movilización ciudadana no esté cambiando nada y el sistema pueda continuar funcionando y sosteniéndose aun y sin contar con el consenso de la ciudadanía? hay que proceder a un análisis de la transformación de la forma Estado Constitucional que se ha producido durante los últimos años.
3. 1789, como momento inicial de un nuevo ciclo histórico, se caracterizó por la construcción ideológica del Estado alrededor de la cultura de la participación-representación y de los derechos. Estos dos, la participación-representación y la dignidad-justicia, son los elementos sobre los que se sustenta, desde entonces, la legitimidad “democrática” del Estado Constitucional.
4. El reconocimiento universal de estos dos elementos en el Estado social del s. XX implicó que los derechos de ciudadanía representaran el espacio en el que se definían las relaciones sociales, políticas y económicas, y por tanto, el ser constitutivo e interrelacional de los sujetos. La participación-movilización de los ciudadanos y la reivindicación de derechos era cultura viva, dinámica, en movimiento, algo plenamente conectado con la totalidad, integrado en el paradigma socio-cultural de la comunidad.
5. La tensión entre integración europea post-Maastricht y Estado Constitucional social ha provocado que, aunque continúan operan-

do como rasgos de legitimación “democráticos” del Estado los rasgos procedimental (representación) y sustancial (Justicia-dignidad) clásicos, se ha producido, fruto de la reestructuración del sistema económico y político, una redefinición de tales atributos, convirtiéndolos de categorías abiertas y plurales en el Estado constitucional del s. XX, a categorías cerradas o monistas en el Estado neoliberal del s. XXI. Con lo cual la legitimidad del Estado ya no es algo políticamente disputable, abierto, plural, un “proceso social en curso”, sino algo cerrado, indisputable y monista, lo que limita enormemente la capacidad de los ciudadanos de influir en la toma de decisiones de un aparato estatal-burocrático que se auto-legitima por sí sólo, independientemente de los ciudadanos.

Con ello respondemos a la pregunta formulada en la introducción de este trabajo.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
Facultat de Ciències jurídiques
Universitat Rovira i Virgili.
Av. Catalunya, 35. 43002, Tarragona
e-mail: albert.noguera@urv.cat